I. N. J.

DISSERTATIO INAUGURALIS JURIDICA

DE

CRIMINE ABORTUS

Quam

SERENISSIMO JUVENTUTIS PRINCIPE

AC DOMINO

DN. GUILIELMO HENRICO

DUCE SAXONIÆ, JULIACI, CLIVIÆ, AC MONTIUM, ANGARIÆ WESTPHALIÆQUE, ET REL.

INDULTU ET AUCTORITATE INCLYTÆ FACULTATIS JURIDICÆ SALANÆ

PRÆSIDE

IO. PHILIPPO SLEVOGTIO IC.

CONSIL. SAX. ET ANTECESSORE, FACULT. IURID. ET SCAB. SENIORE, CURIÆ PROVINCIALIS ASSESSORE

DN. PATRONO SUO COLENDO

PRO LICENTIA

SUMMOS IN IURE HONORES ET PRIVILEGIA DOCTORALIA MORE MAIORUM RITE IMPETRANDI

PLACIDÆ ERUDITORUM DISQUISITIONI

SUBMITTIT

IO. PAULUS Kreß/ Humm. Var.

Ad diem XIII Iunii M D CC V.

IENÆ, Litteris MULLERIANIS.

I. N. I.

§. I.

QVamvis rubrum duplicem involvat conceptum, alterum criminis in genere,& abortus in specie alterum: licebit tamen criminis naturam ac indolem genericam veluti notam supponere. Inprimis quia post *Antonium Matthæi* de hac materia juris abunde expositum est *à Celeberrimo Domino Thomasio in Dissert.de crim.abigeatus.* Accedit,quod nunquam placuit, operosa quorundam solertia, qui exserte fidem dant in suorum scriptorum titulo, quod speciatim ipsis de peculiariter selecto argumento agere sit constitutum, postmodum nihilominus, si ad rem ventum,nil nisi pessime cohærentem generalium regularum farraginem & cinnum conducunt. Oratoribus quidem ac Poëtis inter artis suæ privilegia & hoc datum, quod de hoc vel illo Principe, de hoc vel illo facto acturi, in Principis universale & commune officium, in fortitudinis generaliorem, atque à nemine negatam, laudem evagentur latius, Verum qui dissertationem scribere aggreditur, næ miserè officio satisfacit, si omissa exactiore ac speciali disquisitione, conceptum rei genericum fuse & prolixe interpretatur.

§. II.

Si Priscos, qui Majorum nostrorum res gestas exponunt, annales consulimus, deprehendimus, hujus criminis eos non meminisse. Sic Julius Cæsar & Tacitus, quorum rerum Germanicarum peritia vel lippis ac tonsoribus nota est, hic planè silent: cum tamen alias, in recensendis Germanorum vitiis, nec operæ parcant nec industriæ, imo plus justo in hisce conquirendis & male seduli censeantur. Quin & contra ebrietatem iis objectam, multas ingeniosas conjecturas in medium profert *Excellentiss. Dominus Thomasius* in De contentione morum cum LL. scriptis. Pertinet huc laus, quam de moribus Germanorum Germanis tribuit citatus Tacitus: scil. quod numerum liberorum non finierint. Accedit, quod Auctor Speculi Saxonici nullas exhibeat leges, quæ de hoc crimine, & ejus coercitione, fuissent latæ. Haud dubie ob eandem prorsus rationem, quam olim Solon, cur de parricidio non peculiaris exstaret in legibus suis titulus, interrogatus allegabat: scil. se non credere, apud Athenarum incolas exempla hujus delicti reperiri. Propensiones ad malum æternæ quidem sunt, & erant apud eos eædem: sed irritamenta, ad edenda varii generis facinora, exulabant apud gentem & simplicitati & puritati morum deditam.

§. III.

Ita verum quidem est, quod crimen hoc ex omnibus tribus passionibus propullulare possit. De ambitione res dubio caret: ne enim ambitiosi & ambitiosæ, quod turpiter fecerunt, palam fecisse videantur,

tur, omni modo media, quibus facinus evulgari solet, tollunt. Ut adeo de his inprimis verum sit: *celat sua furta Venus.* Avaritiæ, quia ipsi bonorum divisio, expensæ, aut sumptuosa prolium educatio nunquam placuit, pariter stimulus additur ad scelus hoc patrandum. De voluptate difficilior & ambigua videtur inspectio: tum ob tenerimum dolorum sensum, tum ob delicatioris vitæ maximum amorem, & propensionem erga prolem, natura ipsis insitam. Sed benè Juvenalis, *Satyra sexta:*

— Jacet aurato vix ulla puerpera lecto

Et paucæ sunt quæ

— partus subeunt discrimen, & omnes
Nutricis tolerant fortuna urgente labores.

Sane rationibus medicis notum est, quod fœtus ad maturitatem deductus, aut saltem jam animatus, propter ligamenta firmiora difficilius utero excludatur, quam qui nondum animatus abigitur. Ut videri possit, voluptuosas mulieres, etiam quæ maritum habent, duntaxat ut devitent pariendi dolores, ad procurandum abortum, idque antequam fœtus animetur, procliviores esse. Verum testantur medici, licet animatus fœtus, ob dictam caussam, difficilius excludatur, quam inanimatus: ex natura tamen abortus maiori ac molestiori valetudini subjici, quæ abortivit, quam quæ naturaliter peperit. Videatur Zacchias *Quæst. medicolegal. l.2.9.n.18. it. l.2. 10.n.17. & l.4.4. n.17. seqq.* Interim fœminæ, quæ formæ student, cui per parturitionem damnum inferri solet, facile qnamvis molestiam subeunt, modo illa conservetur. Gravè hisce

--- --- --- --- --- --- *Distendere velle*
Ex vexare uterum pueris salientibus.

Quicquid verò sit, undecunque hoc crimen derivemus, attamen apud nostrates demum frequentari cœpit, ex quo deperditum Italorum vivendi genus morum Germanorum puritati rubiginem affricuit. Non obstat quod Codex legum Wisigothicarum *l. 1. tit. 3.* ita disponat: *Qui mulieri prægnanti poculum dederit ad necandum infantem, vel ad faciendum abortum, occidatur.* Mores enim hujus populi per conversationem cum exteris depravati erant.

§. IV.

Sapientissimum Ebræorum jus, quod tamen cum statu populi apprime convenit, de abortu tamen incidenter tantùm, & veluti ἐν παρέργῳ, ubi de rixis exponit, agit. Et quamvis apud Ægyptios, uti videre est ex Commentario Grotii, multi ab hoc scelere non abhorruerint: attamen illud ad Israëlitas non confestim transiit. Ad morum enim imitationem amor præcipuè requiritur, tanquam conversationis caussa, qui satis erat langvidus inter Jacobi progeniem & Ægypti indigenas. Observavi quidem in perlustratione scriptorum, qui Judæorum mores exponunt, non paucos fuisse, qui duas aluissent uxores: alteram exiguæ pulchritudinis utplurimum, ad obeunda œconomiæ officia, & propagationem sobolis; alteram vero ad delicatius nutriendam voluptatem, & svaviores amplexus. Hanc posteriorem medicaminibus ad pariendum reddebant inhabilem, ob rationes facile ab iis, qui vitam amasiorum rei uxoriæ præferunt,

runt, divinandas: verum hoc erat poculum ſterilitatis, de quo ſermo nobis non eſt. Quantum multiplicationem ſobolis amarint, vid. Selden. *l. V. c. 3. de I. N. & G. juxta diſc. Ebraor.*

Sed propius ad Rhombum. Crimen noſtrum definitu non videtur difficile: ipſæ fœminæ, quæ regulas Logicas non didicerunt, & quibus, propter ſexus imbecillitatem ſæpe etiam juris ignorantia, non nocet, ſtatim nihilominus nomine hujus delicti in vernacula audito, quid ſibi velit ſciunt. Interim ſtet definitio ſequens: *quod ſit crimen extraordinarium, quod committitur aliquid moliendo, quo partus abigitur. Extraordinarium* vocamus: quia à jure Civili peculiari lege publica non ſtatuitur certa pœna in illos, qui eo ſe polluunt. Addidimus: *aliquid moliendo.* Quo ipſo non tantùm omnes modos, ſive propinato medicamento, ſive alio actu fiat, ſed quoque perſonas, mediate an immediate aliquid machinentur, comprehendimus. *Partus* ideo generaliter addendus fuit, quia pro crimine habetur, ſive animatum ſive inanimatum abigas. De intentione, culpa an dolo committatur, poſtea ubi ad explicationem legum deventum, agemus.

§. VI.

Cum vero Jurisprudentia noſtra criminalis idem fatum patiatur, quod cæteræ: ſcil. quod non unico regatur jure, ſed Juſtinianeum, Canonicum, conſtitutionem Carolinam, & qua has provincias, Saxonicas leges ſequi debeat: de ſingulis, facto à jure civili initio, erit diſpiciendum. In Digeſtis 4. JCtorum,

rum, Ulpiani *l. 8. ad L. Cornel. de ficar.* Marciani *l. 4. de extraordin. crim.* Pauli *l. 38. §. 5. de pœnis* & Tryphonini *l. 39. eod.* effata exstant. E Codice communiter huc refertur *l. 8. ad l. Cornel. de ficar.* Ac videri potest, fœtum in vtero materno intelligi: quod de infante iam nato ratio dubitandi nulla sit, utrum sit homo, & utrum in eius interfectore locum habeat ultimum supplicium: maxime si infans secundum naturam, non per abortum sit editus. *Infans natus hominis appellatione semper venit de iure*, ait Iacobus Gothofredus ad l. 1. C. Th. Ad leg. Corn. de sicariis. Et M. Aurelius Galuanus, De usufr. cap. 29, n. 9: *Si de edito partu agatur, constat inter omnes, eum non esse partem matris: quum sit homo, habens ex se suum esse perfectum* (si maturus fuerit) *ac seiunctum ab essentia matris sua.* Adde argumentum a contrario sensu ex *l. 9. §. 2. Ad legem Falcidiam.* Quidquid etiam de natis ante nonum mensem statuerint Iudæi, teste Maimonide, apud laudatum Gothofredum; talem scilicet partum abortivum habentes ad triginta usque dies; certe ex iure Romano doceri nequit, partum immaturum, quamvis vivus fuerit editus, pro homine non fuisse habitum. Quin si sequamur illos, qui in *l. 38. §. 5. De pœnis, τὸ homo* accipiunt de fœtu, contrarium manifesto apparet. Vtcunque autem hæc ita sunt: in *l. 8.* tamen *C. Ad L. Corneliam de ficar.* agi de vi, quæ infertur infanti iam nato, non autem dum adhuc in vtero est, ex sequentibus patet. (1.) Ordinarie apud Latinos, & in legibus Romanis, vocabulo infantis solet is intelligi, qui iam natus est.

Nam

Nam quod in *l. 1, §. 15. De inspic. ventre* accipitur de fœtu in vtero, tale quid rarum eſt. Hinc Dion. Gothofredus ad *d. l. 8.* & Berlichius *4. Concl. 8, 9*, putant lege Cornelia extendi vocabulum *infantis*, vt contineatur etiam, qui in utero eſt: ſicut *hominis* ſignificatio in lege Julia & Papia augeatur à iureconſultis. Sed ſicut erroneum eſt, a Gaio *l. 152. De V. S. hominis* ſignificationem augeri, ut tam femina, quam maſculus contineatur: ait enim Iureconſultus, *non dubitari quin contineatur.*: & quis veterum illorum unquam dubitavit, niſi cum Cuiacio, a Iacobo Gothofredo, Treutlero, Bachouio, & quibus non? ſatis iam notato, Pauli verba in extremo *l. 38. §. 5.* perverſe interpreteris? ita oſtendi prius debebat ratio urgens extenſionis in *l. 8. C. De ſicariis*, Neque enim ſequitur: dari poſſunt caſus, vbi infans accipitur pro eo, qui in utero eſt: ergo etiam *d. l. 8.* ſic accipitur. Ratio autem extenſionis nulla afferri poteſt. Nam quod initio dicebatur, id ſtatim corruit, ſi cum Iacobo Gothofredo reſpondeamus, non dubitatum fuiſſe, utrum infans iam natus homo ſit, ſed quodnam pœnæ genus contra eius occiſorem ſtatui debeat. An minor pœna, quam in occiſorem adulti hominis. Vnde colligamus, ante dictam Valentiniani legem mitius punitos fuiſſe illiusmodi infanticidas. Hincque haud dubie frequentia illa infanticidiorum, qua de Lactantius ſæculo poſt natum Chriſtum tertio, conquerebatur, ut ex ejus *lib. 6. Divin. inſtit. cap. 20.* Iac. Gothofredus obſervat: quum vulgo aut licitum, aut non ita ſceleſtum exiſtimarent, *recens*

cens natos oblidere, vel, ut Britannicus Emmanuelensis codex habet, *elidere*. Exponere autem eosdem pietatem interpretabantur. Idem Lactantius *lib. 5. cap. 9. n. 15.* inter Romanos, profanis sacris adhuc addictos, semper ait existere, *qui natos ex se pueros aut strangulent, aut si nimium pii fuerint* (quam pietatem *d. c. 20 falsam* vocat) *exponant*. Accedit, quod Romanæ leges diserte pro homine non habent, qui adhuc in materno utero est: ut constat ex *l. 9, §. 2 Ad legem Falcid.* & Ant. Tessaurus *Decis. 12, n. 7*, Galvan. *d. c. 29. n. 3 & 9* fusius docuerunt. Itaque necesse erat, si Valentinianus *l. 8. C. Ad leg. Corn. de sic.* intelligi de infante nondum nato voluisset, ut mentem suam apertius declarasset: sicut in aliis legibus aperte *abortus*, aut *violentia visceribus illata* fit mentio. Sane Jacobus Cuiacius negare ausus fuit, infantem iam natum esse hominem: eoque nec committi putavit homicidium, si occidatur. Sed iam Jacobus Gothofredus *d. l.* eum hoc nomine perstrinxit, quamque in manifesto errore cubuerit, ostendit, deceptumque fortasse fuisse, joculari idiomate Gallicano, quo non nisi qui perfectæ ætatis sunt, homines vocari solent. Idem Gothofredus alium, eumque doctissimum, & sui alias ac summi iudicii virum, Cujacii autoritate abreptum monet, ut in eandem Scyllam inciderit, ac infantem esse potius imaginem hominis, quam hominem putaverit. Ita vero fieri solet si autoritates sequimur, ut nubem pro Junone amplectamur. Ceterum ista Cujacii, & sectatoris ejus, singularis opinio haud probat, etiam veteres

Jure-

Jureconsultos, aut legumlatores, eundem errorem erraſſe, tametſi infanticidas ante Valentinianum pœna legis Corneliæ non adfecerunt. Nec opus eſt, objectionem initio allatam hac ratione elidere. Satis enim ex dictis patet *l. 8. C. Ad legem Cornel. de ſicar.* de abortu non loqui.

§. VII.

Sed miſſo Codice redibimus ad Digeſta, & Jureconſultorum noſtrorum quadrigam, viſuri quomodo ex eorum in hac materia, & alibi poſitis principiis, quæſtiones de criminibus formari ſolitæ queant decidi. Prima cura merito eſt de intentione. Animus enim ſive intentio actionibus moralibus ſuam ſubſtantiam largitur. Et Paulus ait *l. 53. de furtis.* maleficia voluntas & propoſitum delinquentis diſtinguit. Martianus *in l. 11.* triplici modo ad delinquendum homines ruere ait: Propoſito, impetu & caſu. Priora duo aliis nominibus dolus & culpa vocantur, in quibus diſtinguendis mire ſolliciti ſunt Jureconſulti. Optime diſtinxit in homicidio Paulus *in l. 7. ad l. Cornel. de ſicar.* & alii in aliis ejusmodi argumentis paſſim, de quibus videri poſſunt compendia, quæ jam exſcribere non vacat. Anne ergo idem in crimine noſtro factum: ut alia ſit ratio fœminæ, dolo ſibi abortum procurantis; & alia ejus, quæ culpa embryonem abegit. Item, ut levius puniendus ſit, qui malo propoſito fœminæ poculum abortionis porrexit, quam qui ſine dolo dedit. Enimvero prodiit in Academia Lipſienſi Diſſertatio de jure partus abacti, quæ prolixè defendit, de jure civili perinde eſſe dolo, an culpa

B aliquis

aliquis abortionis caussa extitisset. Nobis licitum fuerit, idem argumentum pro virili expendere.

§. VIII.

Inspiciamus igitur leges singulas propius, & consideremus, quantum inter se conveniant, aut una ab altera discedat. Marcianus *l. 4. De extr. crim.* & Tryphoninus, in extremo *l. 39. De pœn.* consentiunt (1.) in eo, quod uterque de matre, partum data opera abigente, visceribus suis vim inferente, loquitur. (2) in caussa impulsiva: quæ fuit odium maritorum, quo liberis fraudarentur. Tryphoninus addit caussam specialem: quia maritus divortium cum uxore fecerat. (3.) Sequitur pœna utrinque eadem, temporale exilium. Ulpianus *l. 8. Ad L. Corn. de sicar.* etiam de matre loquitur, quæ visceribus suis vim infert; sed in eo differt à prioribus, quod (α) simpliciter agit de *muliere*. Itaque haud dubie de soluta: quum conjugatæ vix caussa sit procurandi abortus, nisi odium mariti. Quod enim hodie subinde, exempla hujus criminis, aut quoque infanticidii, etiam in conjugatis fœminis, sine ullo mariti odio observare licet: id illic locorum fit, ubi præmaturus desponsatorum concubitus severius, & cumprimis pœnitentia ecclesiastica punitur. Tanta quippe in quibusdam est formido publici istius, quod ex pœnitentia tali sibi inhæsurum putant, dedecoris, ut, velut occæcati, multo graviore & scelere & dedecore semet contaminent. (β) Caussam impulsivam nullam exprimit: verum ea haud dubie hæc est, ut tegatur dedecus. (γ) Mulierem talem simpliciter in exilium vult exigi, nulla

la temporis facta mentione. Jam constat ex interpretibus, relegatione indefinite dictata, intelligi perpetuam. Et hæc sententia probatur argumento *l. 10. C. De pœnis.* Cui obstat quidem Modestinus *l. 23. De pœn.* qui eo casu decennium vult designari. Commoda vero est Hartmanni Pistoris in Observationibus explicatio, quam & Carpzovius sequitur, *Praxi crim. 130, n. 16 sequ.* Si temporis in sententia fiat mentio, sed anni nulli exprimantur, de decennio accipiendam esse: dictata sine adjecto tempore relegatione, perpetuam significari. Ergo Marcianus ac Tryphoninus decem annorum; Ulpianus perpetuo exilio, volunt procurationem abortus puniri. Quæ ratio discriminis? Certe propositum sive dolum puniunt singuli Jureconsulti: nequit autem alia differentiæ reddi ratio, quam minorem videri in ea dolum esse, quæ odio mariti, ex injuriæ nimirum sibi illatæ opinione, partum abigit, quam quæ id facit occultandi tantum flagitii sui caussa. *Ignoscendum enim est ei*, ait Ulpianus, *l. 14, §. 6. De bon. libert. qui voluit se ulcisci provocatus.* Dolori, maxime ubi justus fuerit, aliquid est dandum.

§. IX.

Pergamus ad alium casum, initio *l. 39. De pœnis* à Tryphonino propositum. Refert ille ex Ciceronis oratione pro Cluentio Avito, quæ adhuc exstat, Milesiam quandam mulierem, quum esset in Asia (non mulier ista, sed Cicero, ut ex oratione apparet) quod ab hæredibus secundis accepta pecunia, partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse da-

mmatam. Consonat hoc delictum cum reliquis jam memoratis in eo, quod mater fuit, quæ partum abegit; quodque id data opera fecit. Etiam in eo, quod oratoriis Tullii verbis *spem parentis, memoriam nominis, subsidium generis, heredem familiæ, designatum reip. civem sustulit.* Sed magnum est discrimen in caussa ad istud facinus impellente, atque in pœna. *Rei capitalis fuit damnata*, ait cum Cicerone Tryphoninus. Hoc non simpliciter ultimum supplicium, quo caput naturale amittitur, aut alias vita quis privatur, significat; sed docente Ulpiano *l. 2. De pœnis* quando damnato vel mors, etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. Quodcunque genus pœnæ Milesiæ mulieri dictatum fuerit, exilio, quamvis perpetuo, est gravius. Hoc enim solo nequaquam amittitur civitas. *l. 4. De interd. & releg.* Schneidevv. *ad* §. 1. *Inst. Quib. mod. jus patr. pot. solv.* Quæ igitur ratio pœnæ illius gravioris? Petenda est ex caussa impulsiva, quæ fuit quæstus cupiditas. Nec enim aut vindicandæ injuriæ, aut avertendi dedecoris caussa, sed *accepta pecunia* mulier ista partum abigebat: ut purus putus, gravissimusque hic dolus adsit, qui nulla excusatione mitigetur. Notum vero, spem lucri aggravare homicidium, Carpz. *Praxi crim. Qu. 24, n. 18 & 19.* itaque & procurationem abortus.

§. X.

Sequitur jam Paulus *l. 38, §. 5 De pœnis.* Ille non de matre ipsa, sed de eo loquitur, qui poculum dat abortus. Hic distinguendus est ab eo, qui duntaxat caussam vel occasionem dat abortui, contra aut præter in-

tor intentionem suam. Neque de isto tantum agit, sed & de eo simul, qui amatorium poculum dat. Duplicem autem eventum tractat: prior est sine interitu mulieris aut hominis; alter cum interitu. Si sine interitu: in pœna irroganda distinguitur inter statum & conditionem personarum. Humiliores enim damnantur in metallum; honestiores, amissa bonorum parte, in insulam relegantur. Sin cum interitu: summum supplicium, nullo facto inter personarum statum discrimine, irrogatur. Jam vero, quando abortus procuratur: sive vivus edatur fœtus, nec tamen vitalis; sive mortuus; semper ejus simul procuratur ac sequitur interitus. Aut igitur fœtus ille homo non est; aut Jureconsultus quocunque casu summum dictari vult supplicium. Sane, quamdiu in utero est fœtus; sive animatus fuerit, sive nondum animatus: Stoici, & qui hos sectabantur consulti juris, eum non agnoscebant pro homine. Ubi editur in lucem, vivus quidem, sed non vitalis, alia est ratio. Nam tametsi hoc doceri nequeat, partum ejusmodi à veteribus, aut Paulo saltem, pro homine non fuisse habitum: nusquam tamen legitur, pœnam legis Corneliæ contra eum, qui procuraverat abortum, locum invenisse. Quin etiam maturorum interfectio infantum sæculo adhuc tertio post Christum natum, apud gentiles, res non adeo illicita, saltem pœna mortis non digna, credebatur. Atque hæc opinio duravit inter profanos, etiamnum quarto iam sæculo, usque ad Valentiniani tempora: qui Romæ tum, atque in Occidente, sicut Valens frater in Oriente, imperabat, justitiæ amore in primis clarus, illaque im-

pia multorum opinione permotus fuit, ut legem Corneliam ad infantis occisionem quoque extenderet. Quod superius pluribus ostendimus. Itaque jam patet, vocabulum *hominis* ex sententia Pauli ad partum abortivum nullo casu pertinere. Unde, qui dederat poculum abortus, respectu abortus ipsius in metallum duntaxat damnabatur; aut cum partis bonorum jactura, in insulam relegabatur. Hincque porro apparet, vocem *hominis* de casu solum accipiendam, quo quis ex poculo amatorio perit; sive nempe mas sive femina fuerit: vocem *mulieris*, de solo casu, quo ea perit ex abortus poculo. Qui enim ad hanc porrigere velit etiam poculum amatorium, necesse est, ut *mulierem homini* opponat, perque hunc solum intelligat masculum. Quod quum aliqui facerent, nata inde est absurda illa sententia: mulierem à Paulo non habitam pro homine. Huc igitur res redit: si poculo abortus non pereat mulier, utut fœtus vel adhuc in utero, vel postquam natus est, perierit; si poculo amatorio non pereat homo, seu mas seu femina; utcunque valetudinis patiatur jacturam, ac forte mente alienetur: ipsos datores ejusmodi poculorum mitiore affici pœna. Contrario casu summum supplicium dictandum esse. Sed quale hoc est? Paulus noster *lib. 5. Sent. tit. 21*, servos, qui de salute dominorum vaticinatores consuluerint, *summo* ait *supplicio*, id est, *cruce affici*. Idem *tit. 23*, *Magicæ*, inquit, *artis conscios summo supplicio affici placuit: id est, bestiis objici, aut cruci suffigi. Ipsi autem magi vivi exuruntur.* Durissimum profecto foret, ex his suppliciorum generibus

neribus ullum statui in præsenti casu. Itaque summum supplicium universe spectatum idem erit, quod ultimum; & quoties aliud diserte non exprimitur, intelligenda est pœna capitis. Quod & Jacobus Cujacius notis ad Paulum hoc loco facit.

§. XI.

Verum nova oritur dubitatio. Ait enim Paulus: *Etsi dolo non faciant.* Quæ verba duplicem habent sensum. Prior est: *Qui abortionis aut amatorium poculum dant, id dolo non faciunt.* Hæc interpretatio laudato Cujacio placet. Ac verum est, qui amatorium dat poculum, non ex odio id facit, utque noceat; sed nimio amoris æstu, & ut sibi alterum conciliet. Neque abortionis poculum datur, necandi hominis causa: nam id non agitur, ut noceatur mulieri; & Paulo fœtus in utero materno non est homo. Interim id agitur tamen, ut fœtui, qui post separationem à matre, per nativitatem, homo futurus erat, vita aut adimatur aut intercipiatur: quod omnino dolum habet, ideoque pœnam haud dubie meretur. Quare rectius & alterum amplectemur sensum: sub iisdem nimirum verbis, & priorem illum, & hunc sequentem: *Etsi contingere potest, ut dolo non faciant.* Quasi dicat Paulus: Utcunque ab eo, qui amatorium poculum dat, dolus omnis absit: utcunque & is, qui dat abortivum, non tantum matri nolit nocere, sed & licitum spectet scopum. Potest enim fieri, ut abortionis etiam poculum bona intentione detur: insignisque est inter Doctores controversia, annon liceat interdum abortum procurare, si matris salus

ita

ita postulet. Quam tractat Zacchias, *Quæst. med. leg. 6, 1, 7, n. 14 sequ.* Adde Ant. Matthæi *De crim. lib. 47, tit. 5, cap. 1, n. 5.* Punitur de cetero sola hic culpa, ob hanc rationem, quod mali exempli res est. Quamvis autem verba Pauli generalia sint: mens tamen eorum, si mors mulieris sequatur aut hominis, ad ultimum supplicium neutiquam videtur producenda: quoniam in lege Cornelia, ut Paulus ipse ait, *l. 7. Ad legem Corn. de sicar.* culpa tam lata quam levis pro dolo non accipitur. Sed obstat sibi ex alia parte Paulus. Nam *d. l.* 7. duntaxat probatur, ubi sola culpa fuerit, eum casum ad legem Corneliam non pertinere. Potest autem extra hanc legem coerceri culpa, & quidem summo supplicio. Nam eodem *libro Sent. tit. 23*, unde *l. 38, §. 5 De pœnis* excerpta est, ait Paulus: *Si ex eo medicamine, quod ad salutem hominis, vel ad remedium datum erat, homo perierit: is qui dederit, si honestior fuerit, in insulam deportatur, humilior autem capite punitur.* Et tantummodo in eo discrimen est a *l. 38, §. 5. De pœnis*, quod hic sequuta morte, non humiliores modo, sed & honestiores, quia scilicet res mali exempli est illa abortus procuratio, capite puniuntur. Neque ea singularis Pauli opinio fuit; sed, inscriptione testante, in foro, sive usu recepta. Rationem pœnæ si poscas, reddit eam Cujacius ex Ulpiano, *l. 6, §. 7 De offic. præs. Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet: ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet. prætextu enim humanæ fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.* Quod verum omnino

est,

est, imperitiam culpæ adnumerari, si ex locato agatur, aut ex lege Aquilia, §. 7. *Inst. l. 8. Ad legem Aquiliam*, *l. 9.* §. *5. Locati.* Quin ob culpam latam, interdum fustigationi locum dari, discas ex *l. 3*, §. *1*, *De offic. præf. vig.* Ast in puniendo, ob culpam sive imperitiam solam, usque ad mortis pœnam progredi licere: hoc supra quam durum, ac plane sævum merito videatur. Interim nulla in his tenebris lux ab interpretibus. Magnus ille Romanarum legum vates, Jacobus Cujacius, notis ad Paulum hic silet: ceteri omnes hoc unum inculcant, ubi de pœna mortis agatur, culpam quamvis latam dolo malo minime æquiparari. v. Carpz. *Praxi crim. qu. 1, n. 16, seqq.* Facile erat, ad locum ultimum Pauli respondere: supervacaneam à nobis insumi curam, quod verba ista haud legantur in corpore Justinianeo, adeoque vim juris nullam habeant. Sed negotium tamen adhuc facessit ipsa *l. 38*, §. *5 De pœn.* quam non licebit melius, quam ex auctore suo Paulo, extremis nimirum verbis *tit. 23.* illustrare. An igitur hoc dicamus: tum demum, ex Pauli mente, ultimo supplicio locum fuisse, ubi imperitiæ accesserit protervitas & impostura: quales reperiuntur passim circumforanei, agyrtæ, circulatores ac plani, magna confidentia & vociferatione de arte sua publice multa jactitantes ac mentientes. Cujus generis fuit, quem Mornacius *ad l. 6*, § 7, *De offic. præsid.* memorat, qui media Lutetia chirurgicam exercebat, sed citra artem in omnibus: eo tandem successu, ut dum diruptum vetulæ cujusdam brachium curare audet, orta gangræna, ad averten-

C dum

dum ceterarum partium incendium, amputatio necessaria fuerit. Qua de caussa condemnatus ille fuit, ut vetulæ solveret octoginta libras Parisienses, prohibitusque deinceps chirurgum agere, addita comminatione, fore ut corpore plectatur, nisi paruisset. Ac genus id hominum jam olim haud ignotum fuisse, constat ex Phædro, *Fab. 1, 14:* ubi sutorem inducit, qui inopia deperditus, & medicinam ignoto, id est, peregrino loco faciens, verbosis sibi strophis famam adquisiverat. Quod si Paulum in *l. 38, §. 5 De pœn.* accipias de iis, qui medicinæ artem exercent, sed agyrtæ & impostores sunt: egregie sibi *dicto titulo 23.* constabit. Verum enimvero, utcunque contra istos homines facilius defendi potest severior pœna: Paulus tamen nimis generaliter loquitur: neque qui dant poculum abortionis vel amatorium, semper sunt medici, aut à medicis id accipiunt. Nec profecto minus puniendus est, qui sciens ac prudens dat poculum bibendum, quam à quo accipitur. Jureconsulti igitur hæc perstabit sententia: Qui dat poculum sive amatorium, sive abortus: licet dolo non faciat, animum non habeat nocendi ei cui datur: si tamen hujus inde consequatur mors, capite punitur.

§. XII.

Jam alius injicitur scrupulus: utrum Paulus idem dictum velit de casu, quo ad salutem matris, ejus conservandæ caussa, sicque impulsu pietatis, immo compellente necessitate, abortus poculum datur? Equidem ipsos inter Christianos, eosque non juris

Roma-

Romani modo, sed moralis etiam scientiæ, tum quatenus philosophorum, tum & quatenus theologorum ea doctrina est, consultos, non desunt, qui procurationem abortus isto casu putent excusari debere: ut immunis sit à pœna omni, qui servierit tunc necessitati; saltem in humano foro. v. Menoch. *De arbitr. judic. casu 357. n. 20. sequ.* & quem supra laudavimus Zachiam cum Ant. Matthæi. Neque igitur Paulo, profano homini, res tam *mali exempli* visa fuerit, perdere fœtum, tot casibus alias, antequam nascatur, expositum, & licet sibi parcatur, cum matre tamen haud dubie periturum. Areopagitas Aristoteles memorat absolvisse mulierem, quæ amatorium poculum dedisset juveni, ex quo is perierat. Quod scilicet voluntas occidendi hominem defuisset. Idque factum probat Philosophus *I. Magn. mor. 16*, neque improbat, qui idem refert Tessaurus *Decis. 12, 10.* Quanto magis absolvendus fuerit, qui non cæco amoris impulsu; sed quadam pietate; quin soluta legibus necessitate, adactus, servare periclitantem nititur? Saltem summo supplicio hic non locus erat: sicut Senatui, teste Marciano *in l. 3, §. 2 Ad legem Corn. de sicar.* suffecit, eam, quæ *non malo quidem animo sed malo exemplo, ad conceptionem* medicamentum dederat, pereunte hinc muliere, relegari juberi. Verum si Pauli mentem spectemus, ille, ut supra monuimus, eodem loco diserte, & universe dicit, quamvis ad *salutem* hominis, vel ad *remedium* datum fuerit medicamentum: si tamen pereat homo, posse capitis pœnam locum invenire. Neque vel optima in-

 ten-

tentio pœna caret, ſi quis culpa præbentis medicamentum perire cogitur. Si mali exempli cenſuit Senatus Romanus, ad conceptionem dari, quod mortis cum periculo conjunctum erat: quanto pejoris exempli habendum eſt, perimere fœtum tanto matris periculo? Sane ſi quis, deſperata ſalute ægroti, ſequatur Philippi medici animoſitatem, & extrema fortiore periclitetur remedio: id à noſtro, atque altero, de quo Marcianus agit, caſu, longe diverſum eſt. Vivere poterat mulier, cui conceptionis poculum dabatur, tametſi nunquam prægnans redderetur: & in fœtum nemini conceſſit vitæ ac necis jus, qui vitæ noſtræ auctor Deus. Accedit, quod docentibus medicorum filiis, nunquam ita prolici poteſt præcox partus, quin mater eo ipſo præſentisſimo vitæ periculo exponatur. Etiam illi ipſi, qui favore matris exemtam humanæ pœnæ volunt procurationem abortus, negant, in conſcientiæ, ſive divino foro, eam defendi poſſe. Itaque Sixtus Quintus Pontifex, poſtquam expenderat utriusque ſententiæ momenta, referente Zachia *d. l. n. 16*, conſtituit: nunquam fas eſſe, *directo* procurare abortum, licet ſine eo neceſſe ſit matrem de ſalute periclitari. Quod autem ultimum ſupplicium non dictavit Senatus, caſu de quo Marcianus *d. l. 3, §. 2.* haud dubie factum eſt, quod minus peccabat, quæ juvare conceptionem ſtudebat, quam qui abigere conceptum jam fœtum ſuſtinet. Nam hic poteſtatem ſibi arrogat, quam in fœtum nullam habet; idque facit ipſo etiam mulieris periculo.

§.XIII.

§. XIII.

Expenſis jam Jureconſultorum noſtrorum, quæ in Pandectis habemus, de abortu fragmentis, liquido apparet, (1) a Marciano Tryphonino & Ulpiano puniri non culpam, ſed dolum, eumque in matre fœtus, nunc majorem nunc minorem. Dolo enim facit, quæ ipſa ſibi fœtum abigit mulier, ſive declinatum eat publicam famæ jacturam, ſive vindicatum injurias mariti. Cauſæ hæ, ad flagitium iſtud impellentes, duntaxat minuunt dolum, a quo alias fatuus etiam prætextus dicitur excuſare. (2) Paulus quoque dolum punit: nempe dantis poculum, quatenus fœtum contra jus fasque materno propellit utero. Neque diſcrimen facit, à quo detur: ſtuprator ſit, aut parentum aliquis, aut quivis extraneus. Quod haud dubie propter exempli ſit perniciem. (3.) Punit ibidem Paulus pariter *culpam*, quatenus per abortum nocetur mulieri. Verba, *ſine dolo*, non ſimpliciter idem ſunt, ac ſola culpa; ſed removent duntaxat dolum a dante, reſpectu mulieris. Quamvis ſcilicet, qui dat poculum abortus, eatenus dolo careat, quod non vult obeſſe, vel & prodeſſe vult mulieri; ſive tamen ſolus fœtus pereat, ſive & ipſa mulier, puniendus eſt. Iſtic propter dolum, ratione fœtus; hoc caſu ſimul propter culpam, intuitu mulieris. Ut vero ad excuſationem plus coloris habet, quæ laceſſitam ſe mariti injuriis, quam quæ publici opprobrii formidinem, poſtquam pudorem jam proſtituit ſtupratori, obtendit; prætextus porro maternæ ſalutis omnem pæne doli rationem tollit: ita quæ qui-

ve lucri aviditate abortum promovet, nihil habet, quo leviorem animadversionem mereatur. Atque is, qui dat poculum vel abortionis vel amatorium, licet matri non noceatur, coercetur gravius: haud dubie, quod uterque non in re modo illicita versatur, sed nec prætextu uti potest, quo apud Marcianum & Ulpianum mulieres. Aut si & ipse tangatur ignominia mulieris, qui dat abortivum poculum, ut communem avertere conetur maculam: magis tamen mulieri parcitur, quam calamitas ista propius urget, quæque sexus imbecillitate, sicut in devia est pronior, ita minus est potens sui. Duos etiam casus observare licet, quibus capitis supplicium dictatum fuit: altero nimirum, ob abortum *pecunia accepta*, sive ex quæstus cupiditate factum; altero, si ex abortu mater periret. De conatu nihil apparet: puta, si datum quidem haustumque fuerit abortus poculum, sed ille non sequatur. Qui existimant, debere hoc casu idem obtinere, quod sequuto abortu: tametsi verum est, dantem haurientemque, quantum in se fuit, delictum perfecisse; & in crimine læsæ majestatis, fractæ pacis publicæ, atque incendii, ubi ad actum proximum perventum fuerit, constat, pœnam ordinariam statui: rectius tamen reiiciuntur à Tessauro, *d. l. n. 3 & 12.* Nam neque diserta lege id sancitum est; & quidquid ex *l. 1 Ad leg. Pomp. de parric.* protrahi potest, extendi ad alia facile non debet. Neque aliud ibi dicitur, quam qui emit venenum, ut patri daret, quamvis non potuerit dare, eum pœna legis Corneliæ teneri. Hæc autem nequaquam idem pœnæ ge-

næ genus omnibus dictitat. Quid etiam parricidii pœna imponatur, necdum dato, ſed ſolum emto veneno? v. Carpz. *Praxi crim. qu. 17, n. 1. ſequ.* Illud inter Doctores valde controverſum eſt, utrum Romano jure diſcrimen fiat, fœtus in utero animatus fuerit tempore abortus, an nondum animatus. Sed ex ſuperioribus elucet, fruſtra eſſe, qui affirmantem ſententiam tuentur. Neque cauſſa erat Jureconſultis, Stoicæ utplurimum ſectæ addictis, diſcriminis admittendi: adeo ut nec fœtus, ex abortu in lucem recens editus, ſi viveret, ſed vitalis non eſſet, ad aliam, quam quas expoſuimus, pœnam ſuffecerit. Nam æque cenſebant ſpem animantis interimi, ſive animatus fœtus, ſive nondum animatus, ante legitimum tempus utero expelleretur: neque natus credebatur, qui vivus ederetur quidem, ſed mox ob imperfectionem neceſſario moriturus. Vide Menoch. *d. c. 357.* & Teſſaur. *d. l.*

§. XIV.

Si jam quæramus, utrum eadem Juſtiniano, quæ Jureconſultis, mens fuerit, & utrum, quæ ex his docuimus, legum vim voluerit habere: haud ſine ratione licet dubitare. Nam ille utique nec Stoicorum ſcitis addictus, & inſuper Chriſti diſciplinam profeſſus, in alia omnia videtur debuiſſe abire. Ceterum, quod ad diſcrimen attinet inter fœtum animatum, atque inanimatum: illud quidem facile datur, poſſe, qui iam animatum abegerit, gravius coerceri: ut tamen pœna homicidii ordinaria afficiatur, nec hodie quidem omnes iuſtum exiſtimant. Neque agnoſcunt,

ipſo

ipso iure canonico aliud esse statutum. Nam tametsi *cap. 5. De homicid.* ut homicida tenetur, qui facit, ne mulier possit generare; & *can. 20. causs. 2. qu. 5.* homicida esse dicitur, qui *conceptum in utero deleverit*; quod Innocentius III *cap. 20. d. t.* vel explicat, vel restringit ad casum, quo foetus iam est animatus: negant tamen, eosdem veros homicidas esse, ac veri poenam homicidii mereri. Sicuti nec dictam his casibus reperimus. Quodque maius est, argumentatur sane Stephanus V Papa, *d. c. 20. causs. 2. qu. 5: Si ille, qui conceptum in utero per abortum deleverit, homicida est: quanto magis, qui unius saltem diei puerulum peremerit, homicidam se esse excusare nequibit?* Nihilominus tamen, si immaturus fuerit, neque vitalis infans, & mater tegendi flagitii sui caussa eum interfecerit; vult Tessaurus, *Decis. 13. n. 2.* matrem mitiore, quam mortis naturalis poena affici; & ita saepius Senatum Pedemontanum censuisse. Adde *Decis. 12, 5 & 7*, & Menoch. *d. c. 357. n. 9 sequ.* Ut hinc caussa nobis nulla sit, cur Justiniano aliam, quam quae veteribus Jureconsultis fuit, mentem adscribamus. Sicut etiam de Tryphonino certum est, non temere eum, *l. 39 De poen.* de Milesia muliere ex Cicerone locum laudavisse: ita & Triboniano, atque, auctore hoc, Imperatori haud dubie placuit, ut idem praejudicium, ubi in procurando abortu similis lucri aviditas deprehensa fuerit, a judice tanquam regula observetur. Tantum de poenae genere ambigitur. Si animatus jam foetus fuerat, qui abigebatur: omnino juste mater, ex communi hodie Doctorum sententia, capite puniebatur,

stri-

ſtricto *capitis* ſignificatu. Neque rigor hujus pœnæ nimius fuerit, licet nondum fœtus animatus fuiſſet; nam expendi juxta debet *quæſtus* interveniens. Interim Ciceronis verba ſcrupulum movere poſſunt: *Quanto Oppianicus in eadem injuria majore ſupplicio dignus?* Verum non negat Orator, morte affectam mulierem: & dantur utique gradus, ſola capitis, id eſt, gladii pœna graviores. Quare illud tantum ex Cicerone colligas, Oppianicum ab eo non ſimplici morte dignum fuiſſe habitum; & ex *l. 39 De pœn.* minimum hoc, poſſe in tali cauſſa judicem, ad naturalem usque mortem, arbitrium ſuum extendere. Plus dubitationis parit antecedens lex Pauli octava & triceſima: utrum Juſtinianus & ipſe pœnam mortis, ſi ex poculo, ſive abortionis ſive amatorio, mulier aut homo perierit, adprobet. Nam illa certe Pauli verba, de medicamine ad *ſalutem hominis*, aut ad *remedium* dato, tametſi eodem libro ac titulo occurrant, nusquam recepit: haud dubie, quod gravior ipſi, ubi ex medicamento homo periret, *capitis* videretur pœna. Quo vocabulo mortem naturalem ſignificari, inde etiam intelligas, quod apud Paulum deportationi in inſulam opponitur. Ex adverſo probavit Imperator mitiorem Senatusconſulti ſententiam, quod, teſte Marciano, *l. 3, §. 2 Ad leg. Corn. de ſicar.* * relegari juſſit mulierem, quæ ad conceptionem, ſicque animo non malo, ſed malo eventu, cum exitio nempe accipientis, medicamentum dederat. Movit

 autem

* *Baſilica lib. 60, tit. 39 3: Sed & ſi quis non malo animo mulieri dederit medicamentum ad conceptionem, & qua acceperat, deceſſerit, relegatur.*

autem Senatum, & æque Justinianum, exemplum pravum: quale non reperias, si simplicirer ad sanitatem aut remedium quid præbeatur. Interea nullum hic offendas Triboniani facinus ac flagitium, quorum alias a Cujacio ipso, nedum aliis, accusari solet; id est, emblema aliquod de suo insertum. Quare superest, ut hoc respondeamus: Quantumvis alias ob culpam latam nemo capite puniatur: singulare quid tamen in abortus & amatorio poculo visum Justiniano fuisse; ut quanto perniciosius exemplo est, præbere ejusmodi pocula, quam dare ad conceptionem medicamentum, ex quo interire cogatur, quæ accepit; tanto etiam, qui præbuerit, plectatur severius. Confer *Exodi 21, v. 22 sequ.* Idem dixerim sensisse Justinianum, si quis prætextu servandæ matris, sed privato ausu, fœtum abigat, & per hoc extinguatur mulier. Qui magistratu consentiente, aut de medicorum consilio & sententia, idem fecerit; quamdiu quidem lex nulla id prohibet, impune merito abit: quo jure autem consentiri a magistratu, quove suaderi possit, licet lex humana nulla interminetur, ex superioribus elucet. Videatur Tessaur. *Dec. 12, n. 11*, & Menoch. *d. c. 357, n. 20.* Facile tamen Tessauri sententiæ dabitur locus, si quis privatim, sed sine fraude & temeritate improba, sola misericordia ductus, ut a matre periculum avertat, eandem provocato abortu fecerit perire: in hunc non ordinaria legis Corneliæ pœna, sed extra ordinem, ac mitius, relegatione forte temporaria, aut alias arbitrario esse animadvertendum.

§. XV.

§. XV.

Tandem igitur evasimus labyrintheas ambages, atque in campos pervenimus apertos ac planos, ut paucis doceamus, quidnam hodie servetur. Primum est: consensu tantum non omnium, certe communi, receptum esse, ut distinguantur animati & necdum animati foetus tempora. Postquam enim venit dies, quo animari incipit foetus, pro sexus diversitate: ordinarie ultimum supplicium abigenti decernitur. Et quamvis subinde contingat, foetum in utero non animari, aut casu exstingui: sufficit tamen, secundum naturæ ordinem, posse illum, quando abortus provocatur, animatum esse. Utrum membra omnia habeat, justa figura ac proportione; an aliqua parte excedat aut deficiat, nihil refert: modo partus non sit plane monstrosus. Nondum animato foetu, extraordinaria statuitur poena. Consulatur post Menochium *d. c. 357*, Carpzovius *Praxi crim. qu. 11, n. 2 sequ.* Qui & hoc observat, jure Electorali Saxonico, ne judex in ambiguo cogatur hærere, & vel innocens reus justo durius, vel qui noxius est, mitius puniatur, definitum esse tempus animati foetus: dimidium legitimæ gestationis spatium a die conceptus. Enimvero dura nimis ac rigida, & inhumanior Tessauro videtur, priore casu, poena capitis; quod ad vitam hominis jam perfecti comparari non debeat vita foetus immaturi, quamvis animam habentis; ob incertissimum eventum, an abortu non facto visurus unquam fuisset hanc lucem. Fatemur etiam, frustra esse quosdam, vulgatum de iis, qui in utero sunt,

axioma ultra civilium caussarum terminos extendentes: quoties de commodo ipsorum agatur, pro jam natis haberi. Quid enim commodi quæratur extincto fœtui, si vel bestiis objiciatur abactor? Aut si in eo commodi ratio, quod pœnæ gravitate consulatur in futurum reliquorum omnium vitæ: cur non contendunt, qui nondum animatum fœtum sede sua exturbaverit, pari supplicio e medio tollendum esse? De cetero in ferendis legibus, ad sanciendam capitis pœnam, haud necesse est, ut quod aufertur reo, semper respondeat ei, quod læso per injuriam fuit ablatum. Sicut manifestum, atque ab eruditis dudum monstratum est, in suspendio furibus constituto. Publica utilitas potentissima ratio est, quæ crescentibus præcipue delictis justum facit, quod absolute spectatum durius videbatur *. Ipse certe Tessaurus abit a civili jure, & tam inanimo quam animato fœtu a matre abacto, hanc simpliciter in exilium, idque perpetuum, & fustigatam vult mitti. Quamquam ea in re Basilicorum auctoritate nititur: quæ *libri 60 tit. 22, cap. 4,* Marciani verba *l. 4 De extr. crim.* sic reddidere: Ἡ ἐπίτηδες ἐκτρώσασα, τυπτομένη ἐξορίζεται. *Quæ data opera abegit partum, verberata in exilium mittitur.* Ast hodierno jure, si partus nondum vivere cœpit, non semper fustigatio, sed interdum relegatio, interdum solus carcer in pœnam sufficit. Carpz. *Qu. 11, n. 2 & 4.* Satis enim ad terrorem visum fuit, legislatores priore saltem casu esse severiores. Illud autem discrimen temporum, quod in fœtu observatur, introductum est jure canonico, testante id exemplo

* *§. Car. V Const. crim. art. 131.*

mani-

manifesto *cap. 20 De homic.* Occasionem dedit erronea Augustini sententia: cujus verba refert Gratianus *can. 7, 8 & 9 caussa 32, qu. 2.* Nam quod dudum Tessaurus monuit, *Exodi cap. 21, 22*, nullum, foetus, animatus jam fuerit, an adhuc sit inanimus, sit discrimen; sed duntaxat, utrum matri damnum detur. Ubi haec sine noxa abierit, damnatur reus, qui caussam abortui dedit, quanti mulieris maritus aestimaverit injuriam. Laesa matre, reddenda est anima pro anima, oculus pro oculo, dens pro dente. Accepta interim est opinio Augustini: legem pro homine non habere, qui nondum sit in utero animatus. Abortum animati foetus pertinere ad homicidium. Nequaquam tamen, hoc casu, poena homicidii ordinaria vel canonibus, vel a Pontificibus diserte est statuta. Variorum decreta conciliorum collegit Gonzalez *ad cap. 5 De homic.* Ex quibus quaedam poenitentiam tantum, septem, aut ad summum, decem annorum reis imponunt: quaedam volunt, tanquam homicidas judicari Sed ex eo minime sequitur, ut Tessaurus *Decis. 12, 5*, recte censet, nosque supra tetigimus; qui animatum foetum abigat, ordinaria veri homicidae poena plecti debere. Probatque id *can. 24 De poen. dist. 1.* Quod & agnoscit Gonzalesius ad *d. c. 5, n. 8.*

§. XVI.

Mortis genus determinavit Carolus V imperator, *Ordinat. crim. art. 133*, matrem, quae dolo malo abegerit foetum jam animatum, in aqua suffocari, aut alia simili poena affici jubens; zu ertrâncken oder

 sonst

sonst zum Tode zu strafen: reliquis nullo facto discrimine, sive pater ipse fœtus, sive alius, fecerit mulierem abortire, gladium decernens. Sed cur pater fœtus, ut homicida solum, non ut parricida puniri jubetur? Hæc fortassis ratio: quod major semper in matre dolus est. Nisi hæc ederet aut biberet, quæ abortus causa præbentur; aut pateretur corpori suo eadem de re vim fieri: frustra alter laboraret. Jure electorali Saxonico, *4. Const. 4*, etiam mater gladio solum subjicitur. Si nondum animatus fœtus: tam Carolino, quam Electorali jure pœna est arbitraria, de prudentum consilio imponenda. Illud addendum: in constitutione Imperatoria, *d. l.* verba, so soll der Mann / comprehendere etiam feminas. Habet enim & apud Germanos locum Ulpiani regula: *Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur, l. 195 De V. S.* Etiam in pœnis atque odiosis, ubi materia fuerit indifferens. v. Jacobus Rigos *ad l. 1 d. t.* Si hodie quæstus caussa mulier fœtum sibi abigat, Tessaurus ipse, *Decis. 12, 13*, inprimis cum Menochio, *d. c. 357, n. 13*. capitis pœnam, ob dolum improbum, non improbat; nisi mulier forte adhuc minor fuerit: quo casu cum Decio pœnam esse volunt mitiorem; juvanturque iis quæ traduntur de minori ætate a Carpzovio *Qu. 18, 28*. Neque vel Carolino, vel Electorali Saxonico jure, ubi animatus fuerit fœtus, judicem crediderim peccaturum, si pœnam intendat: argumento eorum, quæ habet Carpzovius *Quæst. 24, n. 18 sequ.* Addatur *Quæst. 11, n. 24.* Fœtu nondum animato, ad mortem pœna in Imperii

nostri

noſtri terris non videtur poſſe extendi: ceterum, ut nec major erit, ita nec minor eſſe debet fuſtigatione. Nam inter gladium & hanc, nulla apud nos eſt media; & pœnam fuſtigatione mitiorem doli magnitudo prohibet. Berlichius tamen, *4 Concl. 8, 57*, ſimpliciter inhæret *l. 39 De pœn.* & qui eam ſequuntur interpretibus; ſed principiis novi juris, inter fœtum animatum & nec animatum diſtinguentis, haud convenienter. Si quis dederit mulieri poculum abortionis, in locis, ubi aliud haud definitum eſt: ad exemplum Romani juris locum habebit Teſſauri ſententia, *num. 3.* ut humilior ad perpetuas triremes, aut ſimilem pœnam damnetur, honeſtior in perpetuum mittatur exilium. Idem cenſet, cum Decio, *num. 12.* in matrem mulieris poſſe & capitis ſupplicium ſtatui, ſi filiam impiis ſuaſionibus, ac forte etiam minis, perpulerit ad conſenſum, & fœtus animatus fuerit; maxime ubi non ſimplici id fecerit vice. Alias vult mitius cum ea agi. In primis augetur crimen, muliere cum fœtu una pereunte: ut de capitis pœna, ob duplex homicidium, minor ſit dubitatio. Ubi fœtus nondum vivere cœperit: licet poculum abortus nequaquam detur, ſervandæ mulieris cauſſa, atque hæc pereat: hodie haud fore puto, ut *l. 38, §. 5 De pœnis*, rigorem ſequamur. Ex adverſo mitigatur, abacti quamvis animati fœtus pœna, quoties aut nullus, aut minor ſaltem dolus adfuerit. Sic filia, quæ matris ſuaſionibus juſſuque ad procurandum abortum permota fuit, extra ordinem puniri debet. Itaque, ubi alias gladio ſubjicienda erat, duntaxat fuſtigata in perpetuum

exi-

exiliu mittetur. Fustigationem, si delictum simpliciter spectetur, merita, relegabitur tantum. Argumento sunt, quæ docet Carpzovius *Quæst. 18, 45 sequ.* de pœna parricidii ordinaria, huic ex eadem caussa substitui posse gladium. Sed Tessaurus, *d. l. num. 12*, simpliciter negat, filiam, impiis matris suasionibus obtemperantem, licet nondum vixerit fœtus, fustium ictum evitare posse. Nisi ex *num. 13*, ubi tamen aliam quæstionem tractat, atque ex *Decis. 13, 5*, restrictionem petas: si filia in minore adhuc ætate constituta sit. Quo tendit & Berlichius, *d. l. num. 41:* quamquam nixus verbis Tessauri huc non pertinentibus, sine exceptione simul requirens minorem ætatem. Juvatur tamen aliis auctoribus, *num. 38* adductis. Verum Decius, *Consilio 535*, concurrente & ætate minore, & matris suasionibus, filiam penitus vult excusari. Quod notat Menochius *d. l. num. 22*, hincque subjicit: *Ego tamen illam iudicarem dignam pœna arbitraria;* provocans juxta ad ipsum Tessaurum. Verius ergo videtur, ex traditis a Carpzovio, ad mitigandam pœnam non simpliciter opus esse minore ætate: si tamen cum suasionibus ac jussis maternis concurrat, majorem fore filiæ parcendi caussam. Mitigatur porro pœna, si non constet, medicamentum, abigendo partui haustum, tantarum fuisse virium, ut expelleret fœtum; sed abortum alia de caussa, & forte fortuna sequutum esse. Carpz. *Qu. 11 n. 26. & Def. for. 4, 43.* Item si dubitetur, utrum animatus in utero fuerit fœtus: præsumitur enim tunc potius, ut solent in criminalibus mitiora præferri, nondum vixisse. Farinac.

rinae. *Qu.122,n.138*, Berl. *d.c.num. 23.* Generali etiam consuetudine introductum est, ne ob solum parricidii, licet veneno perpetrandi, conatum, ordinariæ pœnæ locus detur. Carpz. *Qu.17, n.6.* Quod & nostro casu merito obtinet: ut pro varietate circumstantiarum, nunc fustigatio, aut sola relegatio, nunc etiam carcer decernatur. Berlich. *d.c. num.34 seqq.* Sive medicamento vires desint, ut non sufficiant ad propellendum fœtum: sive ne prægnans quidem fuerit mulier, Farin. *d.Quæst.122., n.98.* Berl. *d.c. num 37*; aut loco humani fœtus caro edatur informis, quam molam vocant. Berl. *n. 36.* De culpa, quando animus non est abigendi partum; sed abortus tamen ex facto aliquo sequitur, agitur *cap.20. De homic.* sane admodum frigide. Cujus rei videtur caussa, quod non quæsitum fuerat in universum de pœna; sed utrum ab altaris officio deberet abstinere presbyter, tanquam reus homicidii. Itaque ad hoc duntaxat respondet Pontifex, spectari jubens, utrum animatus fœtus fuerit: ut cetera intelligantur relicta ordinario judici. Varios casus culpæ, quidque in singulis obtineat, percenset Berlichius *d.c. num. 46 seqq.* Sed Carpzovius *Qu.11, n.56,* talia ex iis vult dijudicari, quæ *Quæst.15*, an & qua pœna afficiendus sit, qui sine intentione ulla occidendi parricidium committit, generaliter tradit. Sic extra ordinem punitur, qui sanitati mulieris consulturus, ex imperitia medicamentum dat, quod abortum provocat. Mollerus *ad Const. elect. Sax. 4,4,n.6.* Aut qui poculum amatorium; sed dicto effectu. arg. *l.38, §.5 De pœn.* & Berl. *num.44.*

Item

Item mulier, quæ vel ignara, se esse gravidam; vel nihil mali verita, tollendis gestandisve oneribus ita comprimit aut torquet corpus, ut fœtus inde pereat. Farin. *d. Quæst. 122, n. 157.* Qui hoc casu vix locum esse censet pœnæ. Item, qui percutit mulierem, ignarus prægnantem esse; aut sine dolo hactenus saltem, ut propositum absit nocendi fœtui. Menoch. *d. c. 357, n. 18* Carpz. *Quæst. 11, n. 25.* Sed potest tamen hoc casu, ex lata culpa, locum invenire fustigatio. Cujus rei insigne exemplum *Quæst. 27, n. 34.* In rixa adversarium percussurus, si intervenientem forte mulierem ita feriat, ut abortus inferatur: ex hypothesi Augustini, in explicatione *Exod. 21, 22*; diverse puniendus est, quatenus fœtus aut caruerit vita, aut jam vivere cœperit. Sed si Latinam vulgatam, & maxime novissimam Argentoratensis theologi, Sebastiani Schmidii, itemque Germanicam Lutheri versionem sequamur: discrimen illud parum heic affert momenti. Fac enim, animatum fuisse qui abigebatur: adhuc tamen distinguitur, utrum damnum datum fuerit, an nullum. At vero abactione animati fœtus, quin & nondum animati, quoniam vita ejus intercipitur, semper fœtui damnum fit. Quare rectius statuitur, illud legislatorem velle spectari, utrum pariter, & quanta noxa nocitum fuerit mulieri. Ubi hæc evasit incolumis: duntaxat æstimatur a marito damnum, sive injuria, ex fœtus interitu accepta. Pereunte, aut saltem læsa muliere: reddenda est anima pro anima, & quæ apud divinum scriptorem sequuntur. Igitur ex percussione ista,

ubi

ubi sola contigerit abortio: arbitrario, sine discrimine foetus, puniri debet percussor. Quod & Icc. docent. v. Berl. *d. c. num. 48*. Neque regeras valide: minimum idem hoc casu statuendum esse, quod sancitum est, ubi Mævium feriturus Cajum occiderit. Sane si mulieri sic noceatur; parem concedo esse rationem: nam tunc in objecto duntaxat error vertitur. Foetus dici nequit, percutientis respectu, habere objecti rationem. v. Carpz. *Qu. 18, 14, sequ.* Postremo conscii etiam, pro varietate circumstantiarum, puniuntur; relegatione aut perpetua aut temporaria; item carcere aut multa. Appellantur vero conscii, qui tantum sciunt factum alienum, non qui & delicti sunt participes. De iis Carpz. *Quæst. 11, n. 44 sequ.* Si contingat foetum ex abortu nasci vivum; sed a matre novo scelere invadi, ac vita privari: vix dubitandum videtur, quin ordinaria infanticidii poena sit statuenda. Geminatur enim crimen, & matris dolus ac malitia multo detestabilior, quam in sola foetus abactione apparet. Aliud tamen placet interpretibus, si vitalis esse partus nequeat: vt Tessaurus *Decis. 13, 2*, ne poenam quidem legis Corneliæ velit imponi, sed mitiorem. Quam aliam puto non intelligit, quam cujus mox ponit exemplum, cum relegatione fustigationem. Quod si matris suæ impulsu, & minor adhuc ætate, admiserit hoc scelus mulier: ne ista quidem obtinebit poena. *d. l. num. 5.* Carpzovius *Quæst. 11, 37*, qui sententiæ suæ auctorem & unicum laudat Tessaurum, sed manifesto errore; vult parentes interfectores partus nondum maturi, eoque haud vitalis,

 gladio

gladio jugulari, subjectis rationibus, cur parricidii in eos poena statui nequeat. Adde *Def. for. 4, 4, 7.* Quæ sententia fori usu invaluit.

§. XVII.

Satis de poena diximus. Sed quoniam sæpenumero aut non constat de abortu ipso, conjecturis tantum, signis atque indiciis mulierem urgentibus; aut ubi ille in confesso est, negante muliere, scelere suo, vel culpa, eundem contigisse: nascitur inde necessitas, ex legum præscripto verum inquirendi. Quibus argumentis probetur, gravidam fuisse mulierem, non est hujus loci, explicare: nam commune hoc inquisitionis caput, occiso infante recens nato, sive maturus fuerit sive immaturus. Illorumque usus argumentorum, ubi negaverit mulier, se peperisse. Quibus accedere possunt varia ipsius partus indicia. Postquam constat de partu, illoque immaturo: proximum & frequentissimum est, negari, data opera factam abortionem. Nescivisse mulierem, se esse prægnantem. Antehac itidem diu laboravisse obstructione mensium: quibus ut via laxaretur, fortioribus medicamentis opus fuisse. Non ex destinatione prava, sed innoxio consilio ac proposito, aut etiam casu id factum esse, ex quo sequuta abortio: quæque hujus sunt generis vel justæ excusationes, vel falsa effugia. Si ergo appareat, per mendacium negari, quorum satis suspecta est mulier: tormentis facit locum; quorum gradus, pro indiciorum modo ac pondere, major minorve est. Berlich. *d. c. num. 30.* De præscriptione illud notemus. Tametsi *l. 10 Ad L. Pomp. de parric.*

parric. vel alio ſenſu explicatur, quam quem verba præferunt; vel ipſum abortus crimen non comprehendit, ſaltem non ſimpliciter: tametſi etiam crimen hoc tam enorme non habitum fuit Romano jure, ut ceteris, in quibus negatur, niſi alia concurrant, viginti annorum admitti præſcriptionem, recte jungatur: Farinacius tamen *Quæſt. 10. n. 29*, atque alii, quos ſequitur Theodoricus *Crim. cap. 10, n. 38*, haud dubitant iisdem id annumerare. Theodoricum ſine exceptione laudat Richt. *Decif. 21, 43.* Sed Farinacius, qui *L. 39 De pœn.* nititur, ſine dubio reſtringendus eſt ad caſum, quo mulier accepta pecunia partum ſibi abigit. Nam præterquam quod parricidium eſt, ſi ipſum ſanguinis jus per ſævitiam in fœtum, maxime jam animatum, violetur; quamvis mater pœna iſtius criminis ordinaria non plectatur: etiam ſpeciem asſaſinii habet, quæſtus cauſſa talia patrare. Aſſaſinium vero in enormibus delictis certo habendum. Quo de Reſponſum inclyti Collegii apud nos Jureconſultorum, citata Richteri *Deciſione*. Extra caſum dictæ legis potius inſiſtamus regulæ, delicta præſcribi vicennio. Si quippe alius, isque extraneus, det poculum abortionis; dici nequit parricida: ſin mater, vel impragnator, vel alius adſcendentium; ex appellatione communi non ſequitur idem jus per omnia. Quod vel ex ſola pœna agnoſcas. Pertinent huc quæ habet Thomas Triviſianus *lib. 2 Dec. 5, n. 2 ſequ.*

§. XVIII.

De eo quod privatim cujusvis intereſt, exemplum habemus laudato aliquoties Exodi *cap. 21, v. 22.*

 ſi quis

si quis abortire fecerit mulierem, sed sine hujus noxa. Comparari posset, quod tunc patri foetus solvendum est, Wergeldo Saxonum, agnatis in solatium debito, etiam ubi infans occisus fuerit. Illud duntaxat discrimen introductum, ut interfecto masculo Wergeldum integrum; femina occisa, dimidium solvatur. Quod argumentum Carpzovius tractat *Quaest. 34.* Jam fac testatorem gravidae legasse uxori centum, si se exstincto gignat heredem masculum. Abortit mulier culpa aliena, & quod sic nascitur, fuit mas. Utrum debentur illi illa centum ex defuncti mariti hereditate? an vero, quia soboles quidem mascula, sed non viva, eoque nec heres defuncto; aut saltem non vitalis in lucem editur, conveniri potest, qui caussam dedit abortui, in id quod interest? Consule Berlichium *d. c. num. 50, sequ.* Qui alium fingit casum; sed plus habentem difficultatis: affirmatque conveniri posse abortus reum; quamquam nimis ibi incerta ejus quod interest ratio. Hoc de cetero tenendum, maxime ubi jus Saxonicum viget: locum duntaxat fore actioni, si poena nulla, corpus affligente, in reum animadvertatur. Carpz. *d. l. num. 19; & Quaest. 100, n. 16; Def. for. 4, 17, 13, n. 2; & 4, 32, 22, n. 16.* Affine abortionis poculo est poculum sterilitatis, eundem spectans scopum, ne homo nascatur; sed avertendo conceptionem omnem. Dari hoc potest tam maribus quam feminis: & subinde libidinis caussa sumitur, etiam a conjugis: interdum ex egestate declinatur hac via alendorum liberorum onus. Sed quaecunque caussa huc impellat; quicun-

que

que color prætexatur: certe criminibus accensetur hoc facinus, & Const. Car. *d. art.* 133 coerceretur eadem pœna, qua procuratio abortus; quamvis, si sortilegium absit, receptior sit fustigatio, aut sola relegatio. Steph. *ad d. art.* 133, Farin. *Quest.* 122, *n.* 99 *&* 105 *seqq.* Berl. *d. c. num.* 60. *seqq.*

§. XIX.

Hisce divina gratia peractis, finem imponamus labori: sane in evolvendis Romanis, quantumvis paucissimis legibus, quæ huc pertinent, permolesto; tantaque in vero earum sensu, & in quærenda hujus ratione, subnascente difficultate, ut nihil enixius cavendum nobis fuerit, maxime quum longæ meditationi spatium haud daretur, quam ne abortum & ipsi faceremus. Cujacium, illud Romanæ Jurisprudentiæ oraculum, fateri non puduit, *Observ.* 19, 9, quæ sit pœna abacti partus, se non facile dicturum. *Nec plane scio, ait, an sicut multum interest, pecunia accepta perperam iudicaverit judex, an odio vel gratia, ita, qua sola notatur differentia in d. l. Cicero, gravius puniatur, quæ pecunia accepta sibi abegit partum, quam quæ odio mariti post divortium, ne inimico filium procrearet, ut ait lex.* Qua occasione paucis adnotabimus, quod supra omissum fuit: haud probari a nobis Emanuelem Gonzalesium, *ad cap.* 5 *De homic.* qui laudata Jo. Ramosii in De parricidio interpretatione, ideo Milesiam ait mulierem, quod partum sibi medicamentis abegisset, rei capitalis damnatam, quia Miletum Atheniensium colonia esset, cujus magistratus non Stoicorum scita, de fœtu in utero, sed communem Sapientum sententiam, illum pro anima-

animali omnino atque homine haberi debere, fuisset sequutus. Ut fœtus abactione crederetur verum committi homicidium. Quod si accipiendum esset: in Milesia illa muliere nihil peculiare statuisset magistratus; neque Cicero habuisset caussam, quum lege universali procuratio abortus capite puniretur, exemplum istud, tanquam singulare, in testimonium citandi. Porro severiores Milesii fuissent ipsis Christianis: neque enim facit Cicero ullam vitæ in partu mentionem. Et quid opus erat, de pecunia accepta verbulum adjici; si ad capitis pœnam satis fuerat, id quod abegerat mulier, pro homine fuisse habitum. Quis autem credat, solos in punienda fœtus abactione Milesios tam fuisse rigidos: quum Aristoteles, non e Stoa, sive Porticu, sed ex Lyceo philosophus, *lib. 7 Polit. 16*, diserte statuat, fœtum antequam sensu & vita potiatur, licere abortu expellere? Quam frequens, & impunis apud Græcos infantum expositio? Quis etiam sibi persuadeat, quum apud Romanos infanticidia tam segniter punirentur, ut demum sæculo post Christum natum tertio lex Cornelia ad illa porrigeretur: Milesios, Ciceronis ævo, in vindicandis vel solis partuum abactionibus plus fuisse testatos rigoris? Quare non alia tam duræ in Milesiam mulierem sententiæ caussa fuit, quam quod detestabili improbitate, tantum ut quæstum faceret, omnem exueret sui sanguinis amorem, & legitimo successore, cupideque haud dubie expetito, defunctum die, sed non malo fato omni, maritum interverteret.

§.XX.

§. XX.

Ad explicationem *l. 38, §. 5, De pœnis*, quam pag. 14 dedimus, illud adjiciendum est: confirmari eam auctoritate Basilicorum *lib. 60, tit. 51, cap. 38*, extrema Pauli verba ita vertentium: εἰ δὲ ἀποθάνοι ὁ πιών. *Quod si eo* (poculo abortionis aut amatorio) *is qui bibit perierit.* Ut τὸ *homo* nullo pacto ad fœtum referri debeat. Verba ἐσχάτως τιμωρεῖται, & quæ initio recensuimus ex *Sent. 5, 23*, de medicamine ad sanitatem aut remedium dato, insignem videntur lucem accipere ex iisdem Basilicis, *d. l. tit. 39, cap. 3. Si liber aut servus quis* (brevitatis enim studio Fabroti versionem referemus) *quacunque occasione potionem dederit, sive uxor viro, sive vir uxori, sive ancilla domina, vel servus domino; & ex hac caussa in infirmitatem inciderit, qui potionem ebibit, & contigerit ex hoc eum labi & mori, gladio punitur.* Sed apud Marcianum, *l. 3, §. 2 Ad leg. Corn. de sicar.* desunt eadem; & verisimile fit, sicut notatur in Scholiis, datam potionem, ut qui hauriebat, perpetuo ægrotaret, vel desiperet, vel periret. Τυχὸν ἐπὶ τῷ διηνεκῶς ἀσθενεῖν, ἢ ἐπὶ τῷ παραφρονεῖν, ἢ ἐπὶ τῷ ἀποθανεῖν. Accedit, quod sola culpa seu imperitia, ob medicamentum ad conceptionem datum, duntaxat relegatione castigatur. Neque tamen adeo expedita res est. Cur enim nominatim, ac tantummodo viri & uxoris, domini dominæque fit mentio? Ac ne dicamus, si conjux conjugi, libertus patrono dederit potionem mortiferam, idque dolo malo, paricidii id crimen, & multo gravius, quam gladio vindicandum esse, *l. 1*

Ad leg. Pomp. de parric. l. un. C. De his qui parent. vel lib. quid opus erat, conjugum & herorum meminisſe: quum conſtet, legem Corneliam de ſicariis dolum, ſi homo interimatur, univerſe ultore ferro perſequi? Itaque repetitis præcedentibus, hæc potius, ex integro verborum contextu, redit ſententia. Licet medicamentum non pravo detur animo: ſi quis tamen inde pereat, pœnæ omnino locum fore. Et relegationi quidem, ſi ad conceptionem datum fuerit: gladio, ſi ab uxore viro, a viro uxori, ab ancilla aut ſeruo dominæ dominove. Οἱᾳδήποτε προφάσει, *quocunque prætextu, quacunque de cauſſa:* nimirum, ut cum Paulo loquamur, ſive ad *ſalutem hominis*, conſervandæ ſanitatis ergo; ſive ad *remedium*, ut morbo mederetur, datum ſit. Quæ de *conceptione* dicuntur, non reſtringenda exiſtimem ad hanc unam; ſed tantum exempli loco eſſe, ubi mera imperitia, ſine ulla doli ſuſpicione, fuerit peccatum. Cetera putaverim ſequenti niti ratione. Conſtat, quam rara fuerint concordium inter Romanos conjugiorum exempla; quanta potius disſidia, quamque crebra divortia, ut Juvenalis deteſtandis his malis, atque eorum causſis, integram ſextam dicarit ſatyram, & Seneca *De benef. lib. 3, cap. 16*, ſua ætate nullam repudio erubeſcere, nulla ſine divortio acta eſſe, quæque ejuſius ſunt generis, conqueratur. Quamquam uterque culpam in mulieres transfert, tanquam primarium mali fontem: nec temere forſitan Baſilica hunc ſervarunt ordinem, ut prius uxoris quam viri, ancillæ quam ſervi meminerint. Quaſi ex ſexus indole ab iſtis magis

gis, quam ab his insidiæ sint metuendæ. De servis autem C. Cassius apud Tacitum, *Annali 14, 44*, in Senatu testatur: *suspecta majoribus suis fuisse ingenia servorum, etiam quum in agris aut domibus iisdem nascerentur, caritatemque dominorum statim acciperent.* Igitur, ne honesto, sed falso obtentu, & simulato amore, conjux conjugi, servi dominis calamitatem atque exitium struerent: noluit Marcianus, tam a viro uxori, & ab uxore viro, quam ab ancilla aut servo dominæ dominoque, medicamentum præberi; adjecta, si contingat mortem haurientis inde consequi, gravi comminatione. Nihil enim tunc profuturum danti bonæ intentionis prætextum, & imperitiæ excusationem, quin ob præsumtionem doli, quam contemtus legis exaggerat, jugulandus gladio capite puniatur. Eadem cautione non opus fuit contra parentes & liberos; itemque contra cognatos inuicem: quod minus ab his esse sueverat periculi. Atque hoc pacto conciliare Paulo Marcianum licet: ut non simpliciter rejecta censeatur illius sententia; sed ad certas duntaxat personas restringatur. Reliquæ, ut diximus, ob cessantem doli suspicionem, ex imperitia sola duntaxat relegentur. Quamquam ne Marciani quidem verba Triboniano placuit recipere: contra quam auctoribus Basilicorum postea visum fuit; quorum usus, recte observante Fabroto, in Constantinopolitano foro obtinuit, quamdiu stetit Orientis imperium. Hæc vero, & cetera, quæ nove videri possumus docuisse, aliis juverit expendenda relinquere.

Ad leg. Pomp. de parric. l. un. C. De his qui parent. vel lib. quid opus erat, conjugum & herorum meminisse: quum constet, legem Corneliam de sicariis dolum, si homo interimatur, universe ultore ferro persequi? Itaque repetitis præcedentibus, hæc potius, ex integro verborum contextu, redit sententia. Licet medicamentum non pravo detur animo: si quis tamen inde pereat, pœnæ omnino locum fore. Et relegationi quidem, si ad conceptionem datum fuerit: gladio, si ab uxore viro, a viro uxori, ab ancilla aut servo dominæ dominove. Οἱαδήποτε προφάσει, *quocunque prætextu*, *quacunque de caussa:* nimirum, ut cum Paulo loquamur, sive ad *salutem hominis*, conservandæ sanitatis ergo; sive ad *remedium*, ut morbo mederetur, datum sit. Quæ de *conceptione* dicuntur, non restringenda existimem ad hanc unam; sed tantum exempli loco esse, ubi mera imperitia, sine ulla doli suspicione, fuerit peccatum. Cetera putaverim sequenti niti ratione. Constat, quam rara fuerint concordium inter Romanos conjugiorum exempla; quanta potius dissidia, quamque crebra divortia, ut Juvenalis detestandis his malis, atque eorum caussis, integram sextam dicarit satyram, & Seneca *De benef. lib. 3, cap. 16*, sua ætate nullam repudio erubescere, nulla sine divortio acta esse, quæque istius sunt generis, conqueratur. Quamquam uterque culpam in mulieres transfert, tanquam primarium mali fontem: nec temere forsitan Basilica hunc servarunt ordinem, ut prius uxoris quam viri, ancillæ quam servi meminerint. Quasi ex sexus indole ab istis ma-

gis

gis, quam ab his insidiæ sint metuendæ. De servis autem C. Cassius apud Tacitum, *Annali 14, 44*, in Senatu testatur: *suspecta majoribus suis fuisse ingenia servorum, etiam quum in agris aut domibus iisdem nascerentur, caritatemque dominorum statim acciperent.* Igitur, ne honesto, sed falso obtentu, & simulato amore, conjux conjugi, servi dominis calamitatem atque exitium struerent: noluit Marcianus, tam a viro uxori, & ab uxore viro, quam ab ancilla aut servo dominæ dominoque, medicamentum præberi; adjecta, si contingat mortem haurientis inde consequi, gravi comminatione. Nihil enim tunc profuturum danti bonæ intentionis prætextum, & imperitiæ excusationem, quin ob præsumtionem doli, quam contemtus legis exaggerat, jugulandus gladio capite puniatur. Eadem cautione non opus fuit contra parentes & liberos; itemque contra cognatos inuicem: quod minus ab his esse sueverat periculi. Atque hoc pacto conciliare Paulo Marcianum licet: ut non simpliciter rejecta censeatur illius sententia; sed ad certas duntaxat personas restringatur. Reliquæ, ut diximus, ob cessantem doli suspicionem, ex imperitia sola duntaxat relegentur. Quamquam ne Marciani quidem verba Triboniano placuit recipere: contra quam auctoribus Basilicorum postea visum fuit; quorum usus, recte observante Fabroto, in Constantinopolitano foro obtinuit, quamdiu stetit Orientis imperium. Hæc vero, & cetera, quæ nove videri possumus docuisse, aliis juverit expendenda relinquere.

§. XXI.

Unicum tandem superest, quod quia cetera jam typis exscripta erant, itidem, hoc saltem loco, pro coronide ponemus. Nimirum, quæ de sententia Exodi *cap. 21, v. 22 sequ.* semel atque iterum disputavimus, ea confirmari adsensu etiam Jo. Clerici, theologi, alienarum quidem a nobis partium, sed citra controversiam doctissimi: qui verba sacri contextus sic παραφράζει: *Si quis in rixa mulierem pregnantem pulsarit, & abortum illi crearit, nec tamen mortua sit: multam viro mulieris, ex judicis æstimatione, solvito. At si mulier in abortione mortua sit, capital esto. Mortem* cum vulgata, sicut etiam Hugo Grotius interpretatus est, quod Lutherus & Schmidius *damnum* reddidere. Monent vero illi, si contextus sacer simpliciter spectetur, tam de fœtus, quam de mulieris morte verba posse accipi. Ad solam mulieris mortem referunt Hebræorum magistri, teste Grotio: etiam retulit Josephus *lib. 4, cap. 8*, quem excerpsit Clericus. De fœtu autem accipiunt Septuaginta interpretes; & omissa mentione *mortis* aut *damni*, vertere: *καὶ ἐξέλθῃ τὸ παιδίον αὐτῆς μὴ ἐξεικονισμένον.* Et mox: *ἐὰν δὲ ἐξεικονισμένον ᾖ.* Quasi dicerent: *si nondum vita præditus exierit fœtus. Si jam vitam acceperit.* Par scilicet (nisi aliter contextum legerint, ut placet Grotio) pœna delicto haud videbatur, si muliere salva maritus multam duntaxat petere posset, utcunque fœtus jam animatus perierit. Hanc sententiam amplexus est Philo, adjectis rationibus, cur multari debeat percussor, si fœtus nondum fuerit formatus.

Ver-

Verba itidem exhibet Clericus. Ut Augustinus apud Gratianum, notantibus dudum aliis, satis magnos habuerit interpretationis suæ auctores. Verum & reperias, qui capitis pœnam statui putent, quoties abortus sequatur, licet nondum vixerit fœtus: tum demum pecuniariam pœnam obtinere, ubi salvo fœtu, sive abortu non sequente, sola mulieri illata injuria vindicetur. Sed neque his, neque Septuaginta interpretum versioni potest subscribi, si quæ supra docuimus, considerentur. Spectandum enim percutientis propositum. Hic nociturus adversario, dum mulierem ferit, errat quidem; sed in solo objecto. Itaque si contingat, mulierem mori ex ictu, homicidii pœna merito locum habet: non item, si ex eodem ictu per abortum fœtus intereat. Neque enim percussa mulier, respectu fœtus, sive quatenus erat gravida. Sicut ordinaria parricidæ pœna plectendus non est, sed quasi alium quemvis occidisset, qui dum rixatur cum altero, parentem errore aut casu interficit. Quod fusius explicat Carpzovius loco *pag.* *35* laudato. Veri igitur non fit simile, tam grave supplicium homini, qui non tam dolo, quam culpa, fœtum, sive maturum jam, sive immaturum, & nec formatum, facit materno utero ejici, statutum a Deo esse. Ut hactenus præferendam etiamnum censeamus versionem vulgatam, & reliquas, illi conformes. Accedit, quod abortu non illato, neque damno mulieri dato, sola ex ictu contumelia tanti vix visa fuerit, ut pœnam Deus definiret. Illud singulare est: si tantum effodiatur percussæ oculus, si excutiatur dens, luxetur manus aut

pes;

pes; a Clerico non talionis pœnam, ſicut in occiſione, credi conſtitutam; ſed quoniam leviores injuriæ ſint, ſufficere ſi pecunia redimantur. Verba igitur non eſſe proprie ſumenda. Quo de judicent, quorum proprium munus eſt, hoc ſtudiorum genus impenſius percoluiſſe. Interim inſigne, ex *commate 24, & 25*, pro Lutheri & Schmidiana verſione argumentum petas. Quoniam Sacer codex non de ſolo homicidio agit; ſed & de aliis noxis, earumque pœna: præcedentia rectius de *damno* quam de *morte* accipi. Ut generatim attendi Deus voluerit, ex ictu damnum aliquod exortum ſit, an nullum. Dato damno, ſpectari debere, quale illud ſit: quem in finem nominatim quædam ſubjecta. Manifeſtius etiam hinc patet, vindicari *comm. 23 & ſeqq.* non tam fœtui, quam mulieri, illatam noxam. Quis enim verba, *oculum pro oculo, dentem pro dente*, & ſequentia, ad fœtum pertinere dicat?

Da benignisſimum Numen, tibi hæc placeant; non paucis proſint plurimum.

* * *

Pag. 7 verſu 2, verbis *in utero*, ſubiice ſequentia, parentheſi includenda: *admittamus enim tantiſper, erroneam quorundam explicationem.*

(o)